

“Supresión de la sanidad universal: el RDL 16/2012 y la exclusión sanitaria”

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos*

Publicado en I. Reig Fabado (Dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 121-138.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*
<http://eprints.ucm.es>

SUPRESIÓN DE LA SANIDAD UNIVERSAL: EL RDL 16/2012 Y LA EXCLUSIÓN SANITARIA

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Miembro de la Plataforma Yo Si Sanidad Universal
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Regulación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria a la luz del RDL 16/2012: 2.1. Condición de asegurado. 2.2 Condición de beneficiario. 3. Alcance de la exclusión de las personas extranjeras de la asistencia sanitaria: 3.1. Exclusión sanitaria y asistencia en situaciones especiales. 3.2. La situación especial de los menores extranjeros. 4. Reacciones al RDL 16/2012.

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de abril de 2012 se publicaba en el BOE un RDL, el 16/1012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud (SNS en lo sucesivo) y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones¹. Bajo este título, y a pesar de lo que la exposición de motivos declara, la norma comporta un cambio fundamental en el modelo sanitario que se había implantado en España en las últimas décadas. Así, no falta a la verdad cuando declara que *“los principios de universalidad y de financiación pública configuran nuestro Sistema Nacional de Salud”* (al menos si se refiere a la situación previa). Tampoco cuando añade que *“la validez de nuestro modelo se traduce en un alto nivel de protección de la salud individual y colectiva, avalado por diferentes indicadores de impacto en la mejora de la salud, en la esperanza de vida y en la satisfacción de la ciudadanía. Por ello, es necesario no sólo mantener el modelo sino también reforzar su sostenibilidad (...)”*. Pero la última frase, una vez analizada la regulación que contiene, es poco menos que un insulto a la inteligencia. A pesar de ese reconocimiento explícito de la bondad del modelo de sanidad universal, lo que en realidad supone el RDL 16/2012 no es un refuerzo de su sostenibilidad, sino su derogación. El acceso al SNS ya no se concibe como un derecho de cualquier persona residente en el territorio español: en lo sucesivo, para gozar de la asistencia sanitaria que se presta a través de ese SNS, es necesario reunir la condición de asegurado o beneficiario. Y esta condición tiene que ser previamente reconocida, por lo que la declaración de conservación o refuerzo de la universalidad, como antes se indicó, es falsa. Según la exposición de motivos, el reconocimiento debe realizarse *“por las administraciones sanitarias competentes”*; a tenor de lo que el articulado de la norma dispone, sin embargo, esta competencia se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS en adelante) o, en su caso, al Instituto Social de la Marina (ISM).

El acceso a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el SNS se facilita a través de una tarjeta sanitaria individual (art. 57 de la Ley 16/2003²), y este documento hasta la fecha se venía expidiendo a través de los centros de salud. En lo sucesivo, sin embargo, la emisión de la tarjeta se supedita a la previa certificación por parte del INSS (o del ISM) de que la persona reúne la condición de asegurada o beneficiaria. Y cabe pensar que esta atribución de competencias al INSS para el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario (art. 1.2 RDL

¹ BOE núm. 98, 24-IV-2012. Corrección de errores en *id.* núm. 115, 15-V-2012.

² Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, BOE núm. 128, 29-V-2003. *Vid.* RD 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, *id.*, núm. 37, 12-II-2004.

16/2012, que introduce un nuevo art. 3 *bis* en la Ley 16/2003) no es inocente. Pretendería restaurar un vínculo que el modelo sanitario español había abandonado: el que en su día existió entre la Seguridad Social (SS) y el SNS. El gasto sanitario en España no se cubre con las cotizaciones a la SS, como ocurría en el pasado. Pero en el imaginario colectivo sigue en cierto modo presente la relación: se sigue hablando del “médico de la Seguridad Social”, cuando en realidad el gasto que comporta la sanidad pública desde 1999 se cubre íntegramente con los presupuestos generales del Estado, y no, cabe insistir en ello, con las cotizaciones a la SS. Son los ingresos que se obtienen a partir de los impuestos, tanto los directos como los indirectos, los que financian la sanidad pública, de manera que cualquier persona obligada al pago de esos impuestos (IRPF, IVA, impuestos especiales...) paga la asistencia sanitaria³. Las personas excluidas por el RDL 16/2012, cuando realizan cualquier operación sujeta a cualquiera de esos gravámenes (compra de alimentos o vestimenta, pago de la factura de la luz...), también contribuyen al sostenimiento del SNS. Rescatar la vinculación referida en la delimitación del ámbito subjetivo del derecho al acceso a la asistencia sanitaria, por tanto, seguramente persiga una mayor aceptación social de la reforma. Se pretende crear en la ciudadanía la falsa idea de que quien no contribuye (o ha contribuido) a la SS no es merecedor de la atención sanitaria, como quien sí lo hace. Se hace creer que la atención que se presta a las personas que no cotizan es una suerte de gracia o beneficencia del Estado. La regulación del acceso a la asistencia sanitaria (que se analiza a continuación) así lo confirmaría.

Además de injusta, en tanto que priva del acceso al SNS a hombres y mujeres que contribuyen a su pago, la nueva norma resulta irresponsable desde el punto de vista sanitario: como se verá, las personas excluidas (con excepciones como las mujeres embarazadas, los menores o las víctimas de trata en periodo de reflexión) sólo tienen reconocida la posibilidad de acudir a los servicios de urgencias por accidente o enfermedad grave. Pero es obvio que, además de incrementar indebidamente la presión en estos servicios, esta previsión no constituye la vía adecuada para la prevención y detección temprana de las enfermedades, ni para lograr el control de las infecciosas y transmisibles, y evitar su propagación. Dejar fuera de la atención sanitaria precisamente a las personas más vulnerables desde el punto de vista social y económico constituye un retroceso en el bienestar no sólo de estas personas, sino del conjunto de la sociedad. El modelo de sanidad universal es el que mejor atiende no sólo a la salud individual, sino también a la colectiva.

Quizás por esta razón, algunas CCAA han mostrado su rechazo a la normativa estatal, aprobando disposiciones que procuran ampliar el derecho a la asistencia sanitaria a todas o algunas de las personas que estarían privadas de ella⁴. De esta forma,

³ Vid. Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, cuya exposición de motivos establece que “*El Capítulo III, relativo a la Seguridad Social, introduce una novedad de importancia, al preverse la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud, suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Con ello se produce una desvinculación total de la Seguridad Social en el plano financiero y supone un avance importante en el proceso de separación de fuentes de financiación*”.

⁴ Vid., por ejemplo, las Instrucciones para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos, BOPA, núm. 140, 18-VI-2012; el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra, BON, núm. 220, 9-XI-2012; la Resolución de 31 de agosto de 2012, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad, por la que se acuerda la publicación de la Instrucción de 31 de agosto de 2012 sobre la prestación de asistencia sanitaria en

la aplicación del RDL 16/2012 está resultando desigual en función de los distintos territorios españoles⁵.

Finalmente, interesa advertir que el RDL 16/2012 no sólo constituye un ataque frontal a la universalidad del modelo sanitario, y con ello, al propio derecho a la salud garantizado en el art. 43 CE, a través de la reforma del acceso al SNS; el ejercicio de este derecho también sufre limitaciones importantes a raíz de otros dos aspectos de la norma, que son el recorte de las prestaciones cubiertas por el SNS (repago en prestaciones)⁶ y la alteración de los porcentajes de participación de las personas aseguradas en el gasto farmacéutico (repago farmacéutico)⁷. En el presente estudio, no obstante, se analizará únicamente el primero de los elementos.

2. REGULACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA A LA LUZ DEL RDL 16/2012

2.1. Condición de asegurado

El RDL 16/2012 reforma, a través de su art. 1, el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. De forma muy elocuente, donde el antiguo art. 3 recogía un elenco de “*titulares de los derechos*”, en lo sucesivo regula “*la condición de asegurado*”. Que el modelo, con ello, se ve alterado resulta evidente ya en el primero de sus párrafos, al disponer que “*La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostente la condición de asegurado*”. Quien carezca de tal condición, por consiguiente, no gozará de la garantía de acceso a la asistencia sanitaria. Y, como antes se avanzó, esta condición se hace depender, en primer término, de una vinculación, ya sea actual o en el pasado, con la afiliación de la persona a la Seguridad Social.

En efecto, las personas incluidas en el primer grupo de aseguradas (art. 3.2 Ley 16/2003, después de la reforma), que pueden denominarse “tipo A” son: (1) las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliadas a la SS y en situación de alta

Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina, *DOG* núm. 175, 13-IX-2012; el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, *BOPV*, núm. 2012127, 29-VI-2012.

⁵ Atendiendo a las Instrucciones que se han emitido en otras CCAA, el RDL 16/2012 se estaría aplicando en ellas sin esa voluntad de paliar sus efectos. Antes al contrario, a la luz de lo antes expuesto, la interpretación que en ellas se da de ciertas normas (como la referida a los menores extranjeros no registrados o autorizados para residir) restringe indebidamente los derechos que deberían garantizarse. *Vid.*, por ejemplo, las Instrucciones sobre la asistencia sanitaria a prestar por el Servicio Madrileño de Salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurada o beneficiaria, de 27 de agosto de 2012 (disponibles en www.sasmadrid.org), o la Instrucción 5/2012 de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana (Instrucciones tras sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales, disponibles en www.san.gva.es).

⁶ *Vid.* art. 2 RDL 16/2012, por el que se modifica la Ley 16/2003 (*cit.*). En lo sucesivo, a la cartera común básica de servicios asistenciales (cubiertos de forma completa por financiación pública) se suman la cartera común suplementaria (que abarca las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica y de productos dietéticos, cuyo precio pagará en parte la persona enferma) y la cartera común de servicios accesorios (que incluye las prestaciones que “no se consideran esenciales”, que también pagará el enfermo en el porcentaje que se determine).

⁷ *Vid.* art. 4 RDL 16/2012, por el que se modifica la Ley 29/2006, de 26 de Julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, *BOE* núm. 178, 27-VII-2006.

o asimilada a la del alta; (2) las pensionistas del sistema de la SS; (3) las perceptoras de cualquier otra prestación periódica de la SS, incluidas la prestación y el subsidio de desempleo; y (4) quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figuren inscritas en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de aseguradas por cualquier otro título. El RD 1192/2012, de 3 de agosto⁸, que desarrolla el RDL 16/2012 en lo que respecta a la determinación de la condición de asegurado o beneficiario, reproduce esta norma en su art. 2 (“*De la condición de asegurado*”), párrafo 1, a); si bien añade, en relación con quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo, que no puede tratarse de las personas a que se refiere el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, esto es, las extranjeras no registradas o sin autorización administrativa para residir en España. En la medida en que esta limitación no se contempla en el RDL, el añadido resultaría una extralimitación por parte del RD, ilegal, por consiguiente, en lo que respecta a este aspecto.

Un segundo grupo de personas aseguradas (que llamaré de “tipo B”) lo conforma cualquiera que no entre en el primero (y tampoco sea beneficiaria de un asegurado de ese primer grupo, el “tipo A”: *vid. infra*) y no supere un nivel de ingresos, cuya determinación el RDL deja al desarrollo reglamentario. Así, el RD 1192/2012, en este punto [art. 2.1.b)], fija en cien mil euros la cuantía máxima de ingresos en cómputo anual⁹; pero huelga advertir que la cantidad puede ser alterada (y probablemente lo sea a la baja) en cualquier momento, y sin que aparentemente la ley obligue a nada a tal respecto (podría establecerse, por ejemplo, en 12000 ó en 6000 euros). La intención que late tras la distinción entre los dos tipos de asegurado bien podría ser la de crear la idea de que estos “tipo B” se benefician de la asistencia a pesar de no cotizar, por el hecho de carecer de recursos, esto es, por caridad¹⁰.

En este punto, además, se introduce el factor de exclusión central: el aseguramiento por esta vía exige que la persona sea española y resida en España, o sea nacional de cualquier otro EM de la UE, del EEE o de Suiza y esté inscrita en el Registro Central de Extranjeros¹¹; o tenga, siendo nacional de cualquier otro Estado, autorización de residencia. Las personas extranjeras en situación irregular quedan, sin más, excluidas. Sobre esta cuestión, *vid. más extensamente infra*, apartado 3.

Además de precisar la cuantía de los ingresos que no cabe superar para poder obtener el reconocimiento de la condición de asegurado “tipo B”, el RD 1192/2012 añade una condición que en principio parecería no incluida en el precepto legal modificado por el RDL 16/2012: se trata de que la persona no tenga “*cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*”. Este requisito, sin embargo, se

⁸ RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, *BOE* núm. 186, 4-VIII-2012.

⁹ El art. 2.3 RD 1192/2012 regula el modo de calcular el límite de ingresos.

¹⁰ El hecho de que la tarjeta sanitaria que se expide a las personas a las que se reconoce la condición de asegurada por esta vía sea diferente a la tarjeta de las aseguradas “tipo A”, al menos en la Comunidad Autónoma de Madrid, lo confirma. *Vid.* las Instrucciones en <http://yosisanidaduniversal.net/materiales.php>

¹¹ El requisito de “encontrarse inscritas en el Registro Central de Extranjeros” no se establece expresamente en el RDL 16/2012 en relación con las personas nacionales de otros Estados de la UE, el EEE o de Suiza, pero es posible que en este punto sí pueda considerarse que la puntualización del RD 1192/2012 no constituye una extralimitación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el desarrollo de aquél, sino la “precisión y el desarrollo de los mandatos legales (...)” propia de la actividad legislativa reglamentaria, que “(...) puede conllevar una interpretación que se efectúa legítimamente, pese a que en alguna ocasión pueda frustrar expectativas derivadas de la misma generalidad de los términos empleados por el legislador”: STS (Sala de lo Contencioso-Admvo, Sección 4ª) de 11 de febrero de 2002, *RJ* 2005/1466.

relaciona directamente con la reforma que introduce la Disposición final quinta del propio RDL 16/2012 en el RD 240/2007¹². El art. 7 de esta norma, que regula el régimen de entrada, libre circulación y residencia de los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE o el EEE, después de la modificación que opera el RDL 16/2012, exige que el ciudadano con derecho a residencia que no sea trabajador por cuenta propia o ajena, disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia, *así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España*” (la cursiva es mía)¹³. Esta exigencia, que se adapta a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CEE (arts. 7 y 8)¹⁴, no se recogía en la redacción original del RD 240/2007, que reconocía el derecho de estas personas a residir en territorio español por un periodo superior a tres meses, sin otra obligación que la de inscribirse en el Registro Central de Extranjeros¹⁵. De esta forma, según la nueva regulación los nacionales de otros Estados miembros de la UE, el EEE o Suiza que no trabajan por cuenta propia o ajena (que se incluirían en los asegurados “tipo A” en la medida en que se encuentren cotizando a la SS) necesitan acreditar que cuentan con un seguro médico que cubra todo el periodo de residencia para registrarse, de manera que, a la luz del añadido del RD 1192/2012, prácticamente ninguna de estas personas podrá ver reconocida su condición de asegurado “tipo B”¹⁶, pues, cabe insistir

¹² RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* núm. 51, 28-II-2007.

¹³ La exposición de motivos del RDL 16/2012 justifica esta modificación normativa a la luz del “grave perjuicio económico para España” que supone “y seguirá suponiendo (...) la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”. Reconoce, por tanto, el legislador (nótese, el Ejecutivo), que el problema no lo plantea tanto la asistencia en sí como la incompetencia de las autoridades públicas a la hora de gestionar el reintegro de los gastos. En lugar de disponer mecanismos eficaces que aseguren ese reintegro, excluye a una parte de la ciudadanía de la asistencia, poniendo en riesgo con ello no solo la salud de las personas excluidas, sino también la del conjunto de la sociedad.

¹⁴ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) No 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DO* L158/77.

¹⁵ Art. 7 del RD 240/2007, antes de la reforma, decía: 1. Los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un periodo superior a tres meses. Los interesados estarán obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro. 2. Junto con la solicitud de inscripción, deberá presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que dicho documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

¹⁶ Cuando cualquiera de estas personas deja de ejercer la actividad por cuenta propia o ajena que venía realizando, podrá seguir teniendo la consideración (a estos efectos) de trabajadora en los supuestos que dispone el art. 7.3 RD 240/2007, según la nueva redacción. De esos supuestos, solo podría resultar problemático el establecido en el aptdo. d) “si sigue una formación profesional”. En el resto de las situaciones, la persona registrada tiene reconocida la condición de asegurada “tipo A” por el art. 3 Ley 16/2003, según la nueva redacción (post RDL 16/2012). Quien se registró como trabajador por cuenta propia o ajena en el Registro Central de Extranjeros (para ciudadanos de la UE, el EEE o Suiza) y cesa en su empleo, pero sigue una formación profesional, no se consideraría asegurado “tipo A”, pero debería poder obtener el reconocimiento de la condición si prueba que no supera el límite de ingresos y sigue residiendo en territorio español.

en ello, para registrarse como residentes están obligadas a contar con el referido seguro durante todo el periodo de residencia en España¹⁷.

El RD 1192/2012 también introduce una reforma adicional en la regulación del régimen de los ciudadanos de la UE, el EEE y Suiza, que da respuesta a la cuestión de qué ocurrirá si una persona que no trabaja por cuenta propia o ajena se registra con previsión de residir en España durante un tiempo, para el que acredita cobertura a través del seguro correspondiente, pero permanece más allá de la fecha inicialmente prevista. La disposición final segunda RD 1192/2012 añade un nuevo art. 9 *bis* en el RD 240/2007, conforme al cual el mantenimiento del derecho de residencia de estas personas pasa por que sigan cumpliendo las condiciones dispuestas en los arts. 7, 8 y 9 RD 240/2007. No se indica de forma explícita cuál pueda ser la consecuencia de no mantener esas condiciones, aunque sí se aclara que no podrá ser expulsada la persona que recurre a la asistencia social o si es trabajadora por cuenta ajena o cuenta propia o si está buscando trabajo y puede demostrar que lo está haciendo y tiene posibilidades reales de ser contratada. De esta forma, cabe entender que esa persona cuyo seguro médico ya no se encuentra vigente no conserva el derecho de residencia en España, aunque no pueda ser expulsada si se encuentra en una de esas situaciones; resulta, por tanto, improbable que tal persona pueda obtener el reconocimiento de la condición de asegurado por la vía del art. 3 Ley 16/2003 (tras la reforma), o el art. 2.1 b) RD 1192/2012, si no supera el límite de ingresos dispuesto reglamentariamente. Es probable que esa persona pase a considerarse “no registrada”, en cuyo caso, al menos tendrá derecho a la asistencia en situaciones especiales (*vid. infra*). Pero, en cualquier caso, todo indica que los nacionales de otros Estados miembros de la UE, la EEE o Suiza sólo pueden tener la condición de asegurado “tipo A”, o de beneficiarios de éstos o de un “tipo B”, pero cabe dudar seriamente que puedan ser asegurados “tipo B”

El art. 2.2 RD 1192/2012 incluye, además, entre las personas aseguradas a las menores de edad sujetas a tutela administrativa, y añade un misterioso “*salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2012*”, al que más adelante se hará referencia.

Finalmente, cabe indicar que el RD 1192/2012 regula, en su art. 7, la extinción de la condición de asegurado, disponiendo que ésta puede producirse tanto por que la persona deje de cumplir las condiciones establecidas en el art. 2 (del propio RD), como por fallecimiento del asegurado¹⁸. En el primer caso, establece el propio precepto que la pérdida comporta también la de las personas beneficiarias del asegurado. *Sensu contrario*, en caso de fallecimiento, no.

2.2. Condición de beneficiario

Determinados familiares de las personas aseguradas según el RDL 16/2012 pueden ser reconocidos como “beneficiarios de un asegurado”. Se trata, en particular, según el art. 3.4 Ley 16/2003 (tras la reforma por el art. 1 RDL 16/2012) de (1) el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial

¹⁷ *Vid.*, en este mismo sentido, la Orden PRE 1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* núm. 164, 10-VII-2012.

¹⁸ El art. 7 precisa el momento en el que se produce la extinción: sería el primer día del Segundo mes siguiente al que concurre la causa extintiva, salvo que se pierda la condición de asegurado “tipo B” por superar el límite de ingresos, en cuyo caso la condición se considera extinguida el uno de enero del año siguiente.

correspondiente; (2) el ex cónyuge a cargo del asegurado; y (3) los descendientes a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. Por su parte, el RD 1192/2012 precisa, en relación con los primeros, que deben “constituir una pareja de hecho”¹⁹; y en lo que respecta a los ex cónyuges (que, sin aparente necesidad, amplía a los separados judicialmente), que el hecho de “encontrarse a cargo” lo es porque tenga “derecho a percibir una pensión compensatoria” del asegurado. Además, y esto supone cierta ampliación en la consideración de personas beneficiarias respecto a la que contiene el RDL 16/2012, que también la tienen los descendientes (con las referidas condiciones de edad o incapacidad) del cónyuge o ex cónyuge a cargo, o de la pareja de hecho. Y añade también un elenco de personas asimiladas a los descendientes: los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal del asegurado (o del cónyuge o de la pareja registrada, o del ex cónyuge a cargo siempre que la tutela o el acogimiento se hubiesen producido con anterioridad al divorcio o la nulidad) y los hermanos y hermanas de los asegurados.

En todos los casos, para ver reconocida esta condición, que excluye la posibilidad de reconocimiento de la de asegurado “tipo B” (art. 3.4 RD 1192/2012), las personas mencionadas, además de encontrarse a cargo del asegurado²⁰, no pueden ser aseguradas “tipo A” y deben residir en España de forma regular y efectiva (art. 3.3 RD 1192/2012). La única excepción a esta norma es la de los beneficiarios de personas trasladadas que sigan en situación asimilada de alta cotizando en el régimen de SS español.

La condición de beneficiario puede serlo tanto de un asegurado “tipo A” o de un asegurado “tipo B”, si bien, cuando una persona ostente la condición de beneficiaria de más de un asegurado, prevalecerá el primero.

Interesa en este punto advertir que, a la luz de lo expuesto, se hace patente cómo el RD 16/2012 no se limita a excluir a personas extranjeras: el hijo (español) de un trabajador (español) que cotiza a la SS puede verse obligado a suscribir un seguro médico, al encontrarse excluido de la condición de beneficiario, aunque esté a cargo del asegurado, si reside en el extranjero (p.ej., por razón de estudios)²¹. Obsérvese que esta persona (p.ej., una española de 24 años que se traslada dos años a realizar una estancia o a ampliar sus estudios a una universidad o un centro de investigación en otro país) tampoco podría ser asegurada “tipo B”, aunque no supere el nivel de ingresos dispuesto reglamentariamente, dado que carecería de residencia en territorio español.

3. ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS DE LA ASISTENCIA SANITARIA

¹⁹ El legislador debe de referirse a “pareja registrada”, ya que el propio RDL 16/2012 al que desarrolla establece, como se ha indicado, que debe acreditarse este hecho a través del correspondiente certificado oficial de la inscripción.

²⁰ Se encuentran a cargo, según el art. 3.2 RD 1192/2012, quienes conviven con la persona y dependen económicamente de ella; y se considera, es estos efectos, que están a cargo, en todo caso los menores no emancipados; que conviven con el asegurado quienes se encuentren “separados por razón de trabajo, estudios o circunstancias similares” y que dependen económicamente del asegurado quienes no tengan unos ingresos anuales que superan una cuantía, en caso de que sean mayores de edad o emancipados (*vid.* art. 3.2 c) RD 1192/2012).

²¹ A este respecto, la consideración de convivencia en la relación entre asegurado y beneficiario aunque por razón de trabajo o estudios estén temporalmente separados a que acabo de hacer referencia, no creo que pueda imponerse al requisito dispuesto en el art. 3.3 b) RD 1192/2012. Se considerará que asegurado y beneficiario siguen conviviendo y que éste lo es solo si el traslado del beneficiario fuera del domicilio común, lo es dentro del territorio español.

3.1. Exclusión sanitaria y asistencia en situaciones especiales

El RDL 16/2012, al excluir a las personas extranjeras en situación irregular del derecho a recibir una asistencia sanitaria “normal”, se ve obligado a reformar también el art. 12 de la Ley de Extranjería (en este punto, carente de carácter orgánico)²². En su redacción anterior, esta norma reflejaba el principio de universalidad del SNS español, reconociendo el derecho a la asistencia sanitaria a cualquier persona residente en territorio español, con independencia de su situación administrativa: únicamente tenía que encontrarse inscrita en el padrón municipal. Además, las personas extranjeras que se encontraban (sin empadronar) en territorio español tenían la posibilidad de ser atendidas (sin facturación del servicio) en situaciones de urgencia; en caso de ser mujeres embarazadas durante el embarazo, el parto y el postparto; y siempre que fueran menores de edad, en las mismas condiciones que los españoles. El nuevo art. 12 de la LOEx se limita a remitir la regulación del ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria de las personas sujetas al régimen general de extranjería a lo dispuesto en la legislación vigente en materia sanitaria, esto es, a la Ley 16/2003, en su redacción posterior a la reforma, y al RD 1192/2012, en tanto que norma que desarrolla la anterior en lo que respecta a la condición de asegurado o beneficiario.

De esta forma, con independencia de los ingresos que tenga, de la razón de la irregularidad de la situación administrativa, y de los años que pueda llevar residiendo (incluso de forma regular) en territorio español, la persona extranjera sin autorización de residencia está excluida del acceso a la atención sanitaria por la vía del reconocimiento de la condición de asegurada o beneficiaria. Y los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE, la EEE o Suiza, si no trabajan por cuenta propia o ajena, o son pensionistas o reciben otra pensión periódica de la SS, en principio tampoco recibirán asistencia sanitaria a través del SNS. Ello comporta, como antes indiqué, privar a miles de personas de un servicio público a cuyo sostenimiento contribuyen a través de sus impuestos; un servicio que van a tener que (re)pagar, en caso de que quieran acceder a él, ya sea porque se les facture el servicio, porque contraten la correspondiente cobertura con una aseguradora, o porque suscriban el convenio especial al que se refieren el art. 3.5 Ley 16/2003 (post RDL 16/2012) y la disposición adicional tercera RD 1192/2012²³.

La única excepción a lo antes expuesto viene dispuesto en algunos preceptos dirigidos a garantizar el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales. Son el art. 3 *ter* Ley 16/2003, que introduce el art. 1, Tres del RDL 16/2012; y las disposiciones adicionales cuarta y quinta del RD 1192/2012.

El nuevo art. 3 *ter* Ley 16/2003 establece que “*Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que se su causa, hasta la situación de alta médica; b) De asistencia al embarazo, parto y postparto*”; y añade un inciso referido a los menores de edad, al que se hace referencia en el siguiente apartado.

²² LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social (BOE núm. 10, 12-I-2000), reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre (*id.* núm. 307, 23-XII-2000), LO 2/2009, de 11 de diciembre, (*id.* núm. 299, 12-XII-2009), LO 14/2003, de 20 de noviembre (*id.*, núm. 279, 29-XI-2003). En lo sucesivo, LOEx.

²³ Esas normas establecen la posibilidad de que las personas que no tienen condición de aseguradas ni beneficiarios suscriban un convenio específico para recibir asistencia sanitaria a través del SNS. Pero la titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a fecha actual (29 de mayo de 2013) no ha dispuesto los requisitos básicos de tal convenio, tal y como ordena el aptdo. 2º disp. ad. tercera RD 1192/2012.

En relación con este grupo de personas, interesa indicar que se trata, en cualquier caso, de extranjeras no registradas o autorizadas, esto es, en orden inverso, de nacionales de terceros Estados que realizaron una entrada irregular (con independencia del tiempo que lleven en España) o que, habiendo estado en un principio autorizadas (p.e., por contar con visado de estancia o de residencia), no han podido renovar esta autorización (no autorizadas como residentes en España); o de ciudadanas de cualquier otro Estado de la UE o del EEE o Suiza que llevan más de tres meses en territorio español y no han podido (o querido) registrarse o renovar el registro (no registradas). Las personas nacionales de alguno de estos Estados que se encuentran en territorio español en situación de estancia inferior a tres meses están excluidas (y expresamente, por si hubiera lugar a dudas: *vid.* disposición adicional segunda, aptdo. 2º del RD 1192/2012) de este acceso a los servicios de urgencias, o de asistencia al embarazo, parto o postparto. También las españolas que no residen en España y se encuentran aquí temporalmente (por ejemplo, de visita familiar), salvo en los mencionados supuestos de asegurados (o sus beneficiarios) trasladados por una empresa española fuera de territorio español, en situación asimilada a la de alta, cotizando en el régimen de SS español (art. 3.3 RD 1192/2012).

El RD 1192/2012 añade, a través de dos disposiciones adicionales, otros dos grupos de personas con posibilidad de recibir asistencia sanitaria a través del SNS: se trata de los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo (disp. ad. cuarta), y las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el periodo de restablecimiento y reflexión (disp. ad. quinta). En ambos casos, las normas aclaran que la asistencia sanitaria de la que podrán disfrutar es la “necesaria”, que incluirá *“cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades”*. En caso de que cualquiera de las personas cubiertas por estas disposiciones tenga “necesidades especiales” (que el RD no aclara qué son), también han de recibir *“atención necesaria, médica o de otro tipo”*. Lo que la norma quiera decir resulta incierto.

La diferencia fundamental que el legislador establece entre estas personas que pueden recibir asistencia sanitaria en las circunstancias indicadas y las personas aseguradas o beneficiarias es que sólo éstas tienen derecho a un acceso a todas las prestaciones del SNS con cargo a fondos públicos, lo que se garantiza a través de la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Los grupos de personas excluidas no tienen derecho, según el RDL 16/2012, a acudir a las consultas de atención primaria, ni a ser derivadas a especialistas, ni la realización de pruebas más allá de las que se puedan ordenar en un servicio de urgencias (o en consulta, para las embarazadas). Y esta atención no se realiza a través de la expedición de ninguna tarjeta sanitaria. De esta manera, por más que las autoridades responsables pretendan hacer creer que con esta previsión (la del nuevo art. 3 *ter* Ley 16/2003) nadie quedará sin asistencia médica, en realidad estas personas adolecen de una atención adecuada: la imposibilidad de acceder a la atención primaria les priva del elemento fundamental de la prevención y la atención temprana de las enfermedades. Cabe plantearse si, en este sentido, más que un ahorro a las arcas públicas, el hecho de no tener reconocida esta garantía de acceso a una atención temprana, no supondrá un gasto aún mayor²⁴. Además, no debe ignorarse que

²⁴ Y esto es predicable tanto de las personas que pueden acceder a los servicios de urgencia por accidentes o enfermedades graves (¿tiene sentido que deban esperar a que una enfermedad que se puede atajar en sus primeras fases sea grave para poder ser atendida?), como de las mujeres embarazadas (que no tienen acceso a la consulta para programar un embarazo, y prepararse para que pueda llegar a buen puerto). En cualquier caso, como se ha indicado, no acceder a la prevención temprana puede dar lugar a que el gasto de la atención muy superior al que hubiese precisado la atención primaria. Así, por ejemplo, una atención de urgencia por un cáncer que ya se detecta en un estadio muy avanzado es mucho más

la atención en un servicio de urgencias no permite que, en su caso, una enfermedad pueda seguir siendo tratada adecuadamente, si no se articulan los medios adecuados a tal fin²⁵.

En este punto interesa advertir que, si esta política legislativa ya resulta en sí perversa, la aplicación de que está siendo objeto el RDL 16/2012 en algunos centros hospitalarios, lo sería aún más. El RDL garantiza la atención sanitaria de las referidas personas, sin condicionar en ningún momento dicha asistencia al posterior pago (*rectius*, repago) del servicio; pero hay hospitales y centros de salud donde, siguiendo las instrucciones de las correspondientes autoridades, no se dispensa tal asistencia si la persona no firma un compromiso de pago²⁶; y centros en los que se emiten facturas por la asistencia²⁷. A nadie se le escapa que las personas extranjeras en situación administrativa irregular, como las no registradas, son personas que por lo general sufren graves dificultades económicas. Estas prácticas contribuyen, por ello, a disuadir a personas enfermas o accidentadas de acudir al centro de salud, incluso poniendo en grave peligro sus vidas e, incluso, las de quienes les rodean. Que ya se hayan producido muertes por desatención no resulta casual²⁸.

En el caso de los menores extranjeros no registrados o en situación irregular, incluidos también entre los que tienen derecho a la asistencia sanitaria sólo en las mencionadas situaciones especiales, el no reconocimiento del derecho a la tarjeta sanitaria resultaría contrario a lo dispuesto en normas legales de rango superior, como en seguida se pondrá de manifiesto.

3.2. La situación especial de los menores extranjeros

La situación de los menores extranjeros en lo que al acceso al SNS respecta resulta merecedora de una atención especial. Como se ha puesto anteriormente de relieve, un menor extranjero puede ser reconocido como asegurado “tipo A” en caso de que se encuentre (siendo mayor de 16 años) trabajando por cuenta propia o ajena, y disponga de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, o también si es pensionista o percibe cualquier percepción periódica del sistema de la SS (p.ej., orfandad)²⁹; también,

costosa, tanto en términos personales como económicos; como también puede serlo la atención derivada de un embarazo cuando la mujer no tuvo acceso a una consulta previa en la que pudiera ser examinada y en la que recibiera recomendaciones sobre aspectos tan importantes como la alimentación o la necesidad de suplementos importantes a tal efecto.

²⁵ Si, por ejemplo, una persona extranjera en situación irregular se desvanece en la vía pública, podrá acudir a un servicio de urgencias, y tendrá que ser atendida sin que se le facture ningún servicio y ninguna medicación hasta la situación de alta; pero si en este servicio se detecta que el desvanecimiento se debe a que la persona es diabética, no podrá ser remitida al especialista correspondiente (endocrino) para el seguimiento y la correcta atención de esta enfermedad.

²⁶ Vid., por ejemplo, la información que proporciona, en este sentido, la web oficial del servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón: http://www.saludinforma.es/opencms/opencms/Otros/Sabias_que/sostenibilidad_sistema_sanitario.html.

²⁷ Vid. por ejemplo la noticia aparecida en el diario.es de 16 de mayo de 2013, en la que se relata cómo el Hospital de Burgos ha solicitado 2000 euros a dos personas atendidas en situaciones en las que tenían derecho a la asistencia sin facturación.

²⁸ El senegalés Alpha Pam falleció a los 28 años de edad por tuberculosis. Se le denegó la asistencia de urgencias en el Hospital de Inca, Mallorca, por no tener tarjeta sanitaria. Vid. la noticia sobre la destitución, por este motivo, del Gerente del Hospital en EL PAÍS de 25 de mayo de 2013.

²⁹ Pero no, a tenor de lo que el art. 2.1.a) 4º RD 1192/2012 prevé, en el otro de los supuestos que contempla el art. 3 Ley 16/2003 (tras la reforma por RDL 16/2012). La norma reglamentaria dispone que la condición de asegurado para quien ha agotado la prestación o el subsidio por desempleo y otras prestaciones de similar naturaleza y se encuentra en situación de desempleo, no acreditando la condición

cuentan con la vía de su reconocimiento de la condición de asegurados “tipo B” si no están en ninguno de los casos anteriores, pero tienen residencia regular y no superan el límite de ingresos establecido reglamentariamente; y, finalmente, pueden ser beneficiarios de un asegurado (hijo, tutelado o hermano a cargo), en cuyo caso también tendrían, como se ha indicado, que contar con una residencia “legal y efectiva” (*vid. supra*). Pero el RDL 16/2012 en un primer momento parece pretender que los menores extranjeros no registrados o en situación administrativa irregular no accedan a ninguna de esas condiciones. Según el tenor de la nueva regulación se encontrarían excluidos del acceso a la sanidad garantizada a través de la expedición de la tarjeta sanitaria individual: la regulación de este grupo de personas se ubica en el art. 3 *ter* Ley 16/2003, introducido por el RDL 16/2012, esto es, bajo el título “asistencia sanitaria en situaciones especiales” y fuera de las mencionadas condiciones de asegurado o beneficiario. Además, el desarrollo de esas condiciones por el RD 1192/2012, omite el correspondiente tratamiento de los menores extranjeros.

A este respecto, interesa recordar que entre las personas aseguradas, el desarrollo reglamentario incluye a las menores de edad sujetas a tutela administrativa, pero agrega “*salvo en los casos previstos en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003*” (art. 2.2 RD 1192/2012). De esta forma, en lo que al primer inciso de la norma respecta, cabe apuntar al carácter meramente pedagógico de la norma: si un menor está tutelado por la Administración, ésta, como garante de sus derechos, tiene la obligación de asegurar también el ejercicio pleno del derecho a la asistencia sanitaria. Pero en lo referente a la frase reproducida en cursiva, todo indica que la norma pretende excluir de la condición de asegurado a los menores extranjeros tutelados por la Administración que aún no tengan autorización de residencia³⁰. De esta forma, el acceso a la asistencia sanitaria de los menores extranjeros en situación administrativa irregular bajo tutela de la Administración se regularía (en principio de forma diferenciada) según lo dispuesto en el art. 3 *ter* Ley 16/2003 (introducido por el RDL 16/2012).

No obstante, el art. 3 *ter* Ley 16/2003 equipara las condiciones de acceso de los extranjeros menores de dieciocho años a las de los españoles. Si los menores españoles bajo la tutela de la Administración tienen derecho al reconocimiento de la condición de asegurado, y los menores extranjeros menores de dieciocho años deben recibir asistencia sanitaria en idénticas condiciones, según lo dispuesto en el propio RDL 16/2012, éstos también deben ver reconocida esa condición. No se entiende, pues, a qué efectos añade esa precisión (a modo de salvedad) la norma reglamentaria (art. 2.2 RD 1192/2012). A este respecto, por tanto, cabe considerar que sigue vigente lo previsto en el art. 10.3 de la LO de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)³¹, según el cual “(...) *Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores*

de asegurado por cualquier otro título “*no resultará de aplicación a las personas a que se refiere el art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo*”. Como ya indiqué anteriormente, en este inciso la norma resultaría ilegal, en la medida en que añade esta condición en contra de lo recogido en el precepto de rango jerárquico superior, sin que pueda considerarse un mero desarrollo de lo establecido en éste. Pero, además, plantea problemas incluso de índole constitucional en lo que comporta su aplicación a los menores extranjeros, como enseguida se demuestra.

³⁰ Cuando se determina la minoría de edad de una persona joven extranjera no acompañada, la Administración asume de forma inmediata su tutela, pero no se le concede una autorización de residencia hasta que no transcurren al menos nueve meses sin que fructifiquen los intentos de localizar a su familia o contactar con instituciones de protección del menor de su país de origen a efectos de su repatriación. *Vid.* art. 35 LOEx y arts. 189-196 RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *BOE* núm. 103, 30-IV-2011.

³¹ LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 15, de 17-I-1996.

*extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España*³². Además, cabe insistir en ello, este derecho tiene que reconocerse en igualdad de condiciones que a los menores españoles en similar situación. En suma: a los menores extranjeros en situación irregular que son tutelados por la Administración se les debe proporcionar la tarjeta sanitaria individual, atendiendo a la necesaria igualdad de condiciones que disfrutaban los menores españoles, esto es, previo reconocimiento de su condición de asegurados.

Y es que, con carácter general, la afirmación “*en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*” debe comportar un reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria más allá de esas situaciones especiales, esto es, el reconocimiento de la condición de asegurado y la correspondiente expedición de la tarjeta sanitaria individual.

Esto es así, por la propia equiparación que realiza el RDL 16/2012 entre menores extranjeros y españoles, pues a tenor de lo establecido en el art. 3 Ley 16/2003 (después de la reforma por RDL 16/2012), cuando un menor español tiene residencia en España y no tiene la condición de beneficiario (por ejemplo, por ser hijo de extranjeros en situación administrativa irregular), puede ver reconocida su condición de asegurado (“tipo B”) siempre que no supere los ingresos dispuestos en el art. 2 RD 1192/2012. Si un menor extranjero residente en territorio español se encuentra en idéntica condición (es hijo de extranjeros en situación irregular, por lo que no puede ser beneficiario de éstos, y sus ingresos no han rebasado esa cantidad), también debe ser reconocido como asegurado “tipo B”.

Cualquier otra lectura resulta contraria al hecho de que, en la doble condición de menor y extranjero que pueda tener una persona, siempre debe prevalecer la primera: como el propio TC ha advertido, “*las personas menores tienen un estatuto de derechos indisponible, que les corresponde por el hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan o maten diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento*” (STC 141/2000, de 29 de mayo³³). Así, cuando el art. 39.4 CE establece que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, el ordenamiento español remite a la normativa internacional de protección de los derechos de los menores en general, y a la Convención Internacional sobre los derechos del Niño de 1989³⁴. Y, como es sabido, este texto, consagra específicamente los principios de no discriminación y de interés superior del niño, además de recoger un amplio catálogo de derechos, de aplicación a todo menor. Entre ellos, se encuentran los derechos de prestación social, que no pueden ser objeto de restricción en lo que respecta a su ejercicio por parte de menores de edad. El derecho a la asistencia sanitaria, como el derecho a la educación, corresponden en todo caso a los menores extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales, con independencia de su situación regular o no en España (*vid.*, en este sentido, en relación con la educación, la STC 236/2007, de 7 de noviembre³⁵).

³² En efecto, esta disposición, aunque se contenga en una ley orgánica, tiene carácter de ley ordinaria (*vid.* disp. ad. vigésima tercera LOPJM), por lo que cabría entender que una norma de similar rango jerárquico podría modificarla (en su caso, el RDL 16/2012, según lo previsto en su disp. derogatoria única).

³³ BOE núm. 156, 30-VI-2000.

³⁴ Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, 31-XII-1990.

³⁵ BOE núm. 295, 10-XII-2007.

4. REACCIONES CONTRA EL RDL 16/2012

El RDL 16/2012 presenta serias dudas en lo que respecta a su constitucionalidad³⁶. Son varios, de hecho, los recursos presentados hasta la fecha, y admitidos a trámite por el TC³⁷. Resumidamente, en estos recursos se ponen de manifiesto tres tipos de argumentos sobre su inconstitucionalidad: de índole competencial (distribución Estado-CCAA); en lo que respecta a su forma, a la luz de lo dispuesto en el art. 86.1 CE³⁸; y de fondo, por la vulneración que comporta del derecho a la salud (art. 43 CE) y, vinculado a éste, de la propia vida, la integridad física y la dignidad.

El TC tardará en resolver estos recursos; por el momento, sólo se ha pronunciado en relación con la solicitud del Gobierno Vasco de levantamiento de la suspensión del Decreto 114/2012, del País Vasco (Decreto Vasco)³⁹, a través del ATC de 13 de diciembre de 2012⁴⁰.

Mientras tanto, numerosos colectivos y organizaciones han iniciado campañas de oposición, objeción y desobediencia al RDL 16/2012. Esta norma constituye un paso atrás en la consecución de un sistema de asistencia sanitaria universal; y, además,

³⁶ Vid. una opinión contraria en la Resolución de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, de 20 de julio de 2012, disponible en www.defensordelpueblo.es. En mi opinión, resultan más convincentes los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad, como los que esgrime SANGÜESA RUIZ, N., “Extranjeros irregulares y Sanidad pública. Breve reflexión sobre la legitimidad constitucional del RD 16/2012”, en <http://analistasc.com/2012/05/26/extranjeros-irregulares-y-sanidad-publica-breve-reflexion-sobre-la-legitimidad-constitucional-del-rd-162012/>.

³⁷ Así, los presentados por el Parlamento Navarro (Recurso de inconstitucionalidad 4123-2102, BOE núm. 176, 24-VII-2102); por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (Recurso de inconstitucionalidad 4585-212) y por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (Recurso de inconstitucionalidad 4530-212), (ambos en *id.*, núm. 228, 21-IX-2012); por el Gobierno del País Vasco (Recurso de inconstitucionalidad 419-2013), por el Gobierno de Canarias (Recurso de inconstitucionalidad 433-2013) y por el Gobierno de Cataluña (Recurso de inconstitucionalidad 414-2013) (los tres, en *id.*, núm. 46, 22-II-2013).

³⁸ Como es sabido, el art. 86.1 CE establece que “*en casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general*”. Muy sintéticamente, cabe alegar que el RDL 16/2012, (1) no tiene carácter provisional: constituye, como se ha demostrado, un cambio de modelo sanitario, que en ningún momento se indica que se revertirá; (2) se ha aprobado “con urgencia” apelando a la crisis económica, pero la *vacatio legis* que disponía y el lapso de tiempo que transcurrió hasta la aprobación del RD 1192/2012 ya evidencian que la norma podría perfectamente haber revestido la forma de ley ordinaria; (3) afecta, claramente, a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la CE: de hecho, está regulado el ejercicio del derecho a la salud garantizado en el art. 43 CE.

³⁹ Cit. *supra*, nota 4. El 20 de julio el Gobierno central impugnó la constitucionalidad de ese Decreto ante el TC, planteando un conflicto de competencias: entiende que el Gobierno Vasco no puede establecer esas normas, porque “*introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita (sic) y en lo referente al régimen de copago (sic) farmacéutico*”. Solicita, además, la suspensión del Decreto vasco. El 24 de julio, el TC admite el recurso y la suspensión cautelar del Decreto. El 26 de septiembre el Gobierno vasco presenta sus alegaciones y solicita el levantamiento de la suspensión. Esta solicitud suscita la apertura de un incidente: antes de decidir si el Decreto vasco es constitucional o inconstitucional (decisión sobre el fondo), el TC debe pronunciarse sobre si debe seguir en suspenso o no.

⁴⁰ El ATC de 13 de diciembre de 2012 levanta la suspensión de parte del Decreto: en concreto, de los artículos que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el RDL 16/2012. Pero mantiene la suspensión de los arts. 8.1 y 2, que son los que tratan de anular o rebajar el porcentaje de contribución al gasto farmacéutico. La decisión sobre la constitucionalidad del Decreto sigue pendiente.

margina, segrega, estafa y pone en riesgo la salud, que es un derecho tan vinculado con el derecho a la vida, con el derecho a la integridad física y con la dignidad, que no permite diferencias ni matices.

Ante el RDL 16/2012, la responsabilidad individual y una colectividad ética no pueden sino mostrar resistencia. Cumplir la norma es colaborar con quienes ejercen violencia sobre el conjunto de la sociedad, para que ésta asuma, como algo inevitable, la injusticia. Por ello, frente al RDL 16/2012 la desobediencia no sólo está justificada: se convierte en un imperativo ético⁴¹.

⁴¹ Más información en www.yosisanidaduniversal.net